

VU Research Portal

De verhouding tussen wetgever, Openbaar Ministerie en rechter bij de straftoemeting

Duker, M.J.A.

published in

Rechtsgeleerd magazijn Themis
2001

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Duker, M. J. A. (2001). De verhouding tussen wetgever, Openbaar Ministerie en rechter bij de straftoemeting. *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 162(10), 307-317.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De verhouding tussen wetgever, Openbaar Ministerie en rechter bij de straftoemeting

Mr. M.J.A. Duker¹

1. Inleiding

De wetgeving op het gebied van het strafrecht geeft de rechter veel vrijheid bij het bepalen van de straf in concrete strafzaken. De rechter kan in vele strafzaken verschillende soorten sancties opleggen en die zelfs met elkaar combineren, zoals de gevangenisstraf, geldboetes en taakstraffen maar ook terbeschikkingstelling en de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. De algemene wettelijke regels voor de zwaarte van op te leggen straffen zijn de wettelijke bandbreedtes tussen algemeen strafminimum (bijvoorbeeld die van één dag gevangenisstraf) en bijzondere strafmaxima (bijvoorbeeld die van vier jaar gevangenisstraf voor diefstal). De wettelijke regels zijn onvoldoende concreet gebleken om een consistente straftoemeting door de rechter te waarborgen.²

De ongelijkheid in straftoemeting is de laatste jaren aanleiding geweest voor de rechtsprekende macht³, in het bijzonder het Landelijk Overleg van Strafsectorvoorzitters (LOVS), om voor enkele misdrijven zogenaamd landelijke oriëntatiepunten voor straftoemeting te maken.⁴ Een voorbeeld ervan is: *het verkopen, afleveren of verstrekken van gebruikshoeveelheden harddrugs vanuit een pand of straat gedurende meer dan een maand, maar minder dan drie maanden, met enige regelmaat. Oriëntatiepunt: 6 maanden gevangenisstraf.* Verder ontwikkelt de rechtsprekende macht een databank om daarin casuïstiek (i.c. uitspraken

van gerechtshoven waarin zij de strafmotivering uitvoerig hebben uitgewerkt) op een overzichtelijk manier op te slaan ten behoeve van gevalsvergelijking. In dit artikel is uitgangspunt dat die databank in de toekomst voor een ieder toegankelijk zal zijn. Daarnaast heeft het Openbaar Ministerie inmiddels vanwege ongelijkheid in de strafvordering voor vele misdrijven nieuwe strafvorderingsrichtlijnen gemaakt om officieren van Justitie meer op één lijn te krijgen bij het afdoen van strafzaken door middel van transacties en door middel van vervolging en het eisen van een straf. De rechtsprekende macht en het Openbaar Ministerie hebben het dus noodzakelijk gevonden om door middel van beleidsvoering concreter invulling te geven aan de ruime wettelijke regels om zo tot een consistentere straftoemeting en strafvordering te komen.

Met betrekking tot de genoemde vormen van beleidsvoering (strafvorderingsrichtlijnen van het Openbaar Ministerie en landelijke oriëntatiepunten van de rechtsprekende macht) maakt men doorgaans een duidelijke scheiding tussen enerzijds het strafvorderingsbeleid als uitgangspunt voor de officier van Justitie en anderzijds landelijke oriëntatiepunten die uitgangspunt moeten zijn voor de rechter en tegelijkertijd de onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht tegenover het strafvorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie zouden moeten benadrukken.⁵ Als gevolg hiervan staan in sommige straf-

1. Marius Duker is AiO aan de Afdeling Strafrecht en Criminologie van de Vrije Universiteit Amsterdam en deelnemer aan de Onderzoeksschool voor Maatschappelijke Veiligheid.

2. J.P.S. Fiselier, 'Regionale verscheidenheid in strafrechtspleging', *DD* 1985, afl. 3, p. 204-221; A.C. Berghuis, 'De harde en zachte hand - een statistische analyse van verschillen in sanctiebeleid', *Trema* 1992 (afl. 3), p. 84-93; J.P.S. Fiselier en J.A.W. Lensing, 'Afstemming van de straftoemeting', *Trema* 1995 (afl. 4), p. 105-117; M. Grapendaal, P.P. Groen en W. van der Heide, *Duur en volume, ontwikkeling van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf tussen 1985 en 1995; feiten en verklaringen*, Onderzoek en beleid (nr. 163), Den

Haag: WODC, 1997, p. 31-34; J.W. de Keijser, *Punishment and Purpose, From moral theory to punishment in action*, proefschrift Universiteit van Leiden, Leiden: 2000.

3. In dit artikel wordt onder rechtsprekende macht verstaan de gezamenlijke gerechten in de zin van art. 1 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie. De Grondwet spreekt onder het hoofdstuk over de Rechtspraak (artt. 112 e.v.) van de rechterlijke macht maar ook in het bijzonder van de gerechten die bij de rechterlijke macht horen. Omdat het begrip rechterlijke macht doorgaans ook het Openbaar Ministerie omvat, heb ik hier gekozen voor 'rechtsprekende macht' als een meer onderscheidend begrip.

4. Persberichten van het Bureau voorlichting

en communicatie rechtsprekende macht d.d. 17 december 1998, 2 augustus 1999 en 2 oktober 2000. Er bestaan momenteel landelijke oriëntatiepunten voor diverse vormen van diefstal, voor meeneed, voor diverse vormen van dealen van harddrugs, voor diverse vormen van kweken van hennepplanten, voor twee vormen van openlijke geweldpleging, voor diverse vormen van eenvoudige mishandeling en voor diverse vormen van zware mishandeling.

5. Th.A. de Roos en G.K. Schoep, 'Samenwerkend straffen-coördinatie van straftoemeting in een eerlijk proces', in: *Rechterlijke samenwerking* (red. C.P.M. Cleiren en G.K. Schoep), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 46.

zaken de toepasselijke strafvorderingsrichtlijn en het landelijke oriëntatiepunt tegenover elkaar. De officier van Justitie kan er dan voor kiezen bij het bepalen van de eis af te gaan op het landelijk oriëntatiepunt en de strafvorderingsrichtlijn die hij zou moeten volgen terzijde te leggen. Uit het maken van de scheiding tussen strafvorderingsbeleid en straftoemingsbeleid is af te leiden dat men de straftoemering in belangrijke mate als het domein van de rechter beschouwt. Maar tegen de achtergrond van de grote vrijheid die de wetgever aan de rechter geeft bij het bepalen van de straf, heb ik eerder de opvatting verdedigd dat de straftoemering nu te veel een exclusief domein van de rechter is en er meer wisselwerking zou moeten bestaan tussen de wetgever en de rechter op dat terrein.⁶ Dat betekent dat de normering vanuit de wetgever meer bepalend zou moeten zijn voor de straftoemering van de rechter en dat de straftoemering van de rechter en de effecten daarvan meer uitgangspunt zouden moeten zijn bij de (verdere) normering door de wetgever. Om aan dat uitgangspunt vorm te geven heb ik een systematiek verdedigd waarin het democratisch gecontroleerde (vgl. wetgever) Openbaar Ministerie een belangrijkere rol heeft doordat niet landelijke oriëntatiepunten van de rechtsprekende macht maar de strafvorderingsrichtlijnen bepalend zijn voor de straftoemering door de rechter. Van die opvatting volgt hier een nadere uitleg.

Dit artikel gaat niet verder in op de inhoud van strafvorderingsrichtlijnen en landelijke oriëntatiepunten of op de opzet van een databank voor straftoemering en de mogelijkheden van de verdediging om door gevalsvergelijking de straftoemering door de rechter te beïnvloeden. Evenmin gaat het in op de samenhang tussen onderzoek naar sanctietoepassing en strafvorderingsbeleid. Dit artikel gaat er in verband met die samenhang van uit dat zoveel mogelijk algemeen onderzoek naar de effectiviteit van sanctietoepassing als basis dient voor strafwetgeving of strafvorderingsbeleid. Resultaten van dergelijk algemeen onderzoek zoals die dan zijn verdisconteerd in strafwetgeving of strafvorderingsbeleid, moeten in concrete strafzaken worden afgewogen tegen het onderzoek door de rechter en bijvoorbeeld de reclassering naar de meest passende sanctie voor de individuele dader. Dit uitgangspunt kan de vraag oproepen of wetgeving dan wel strafvorderingsbeleid niet meer variatie zouden moeten kennen in voorgeschreven typen sancties bij bepaalde strafbare feiten of bij bepaalde typen daders. Het antwoord geven op die vraag gaat dit artikel te buiten. Waar dit artikel deze onderwerpen niet behandelt, bevat het wel een meer diepgaande uitleg van de opvatting dat de rechtsprekende macht geen afzonderlijk beleid behoort te voeren op het terrein van de straftoemering

en dat strafvorderingsbeleid uitgangspunt moet zijn voor strafoplegging door de rechter. Die uitleg krijgt vorm aan de hand van een analyse van de verhouding tussen de wetgever en de rechter en de verhouding tussen het Openbaar Ministerie en de rechter tegen de achtergrond van het democratiebeginsel. Het doel van het betoog om strafvorderingsbeleid bepalend te laten zijn voor de straftoemering door de rechter is om tegen de achtergrond van het democratiebeginsel de wisselwerking tussen de wetgever en de rechter op het terrein van de straftoemering te intensiveren. Daarom besluit het artikel met een nadere beschouwing van deze wisselwerking tussen de wetgever en de rechter bij de straftoemering langs de lijnen van het strafvorderingsbeleid en algemeen toegankelijke casuïstiek.

2. De wetgever en de rechter

De verhouding tussen wetgever en rechter hangt samen met het begrip democratie. Democratie houdt in dat een samenleving wordt geregeerd door de normen die de deelnemers aan die samenleving aan zichzelf opleggen. Het gaat dan in hoofdzaak om de norm van de meerderheid. Anderzijds acht men zich in ons rechtssysteem ook gebonden aan fundamentele beginselen en mensenrechten die onder omstandigheden de norm van de meerderheid opzij kunnen zetten. Het mensenrecht op leven kan bijvoorbeeld een argument zijn om de doodstraf af te wijzen, ook al is de meerderheid van een samenleving er voor. Met name het Europees Hof voor de Rechten van de Mens spreekt van een 'democratische samenleving' als het doelt op een samenleving waarin de norm van de meerderheid geldt mits te rechtvaardigen in het licht van fundamentele beginselen en mensenrechten. Nu is een probleem van het begrip democratie als zodanig hoe de normen vast te stellen die de deelnemers aan de samenleving aan zichzelf opleggen. Nu zijn er verschillende benaderingen mogelijk om die normen vast te stellen. Bezien vanuit het perspectief van het strafrecht kan men een democratie realiseren als de vertegenwoordigende organen de normen voor en de richting van de strafrechtspleging zoveel mogelijk zelf bepalen. Maar men kan ook een democratie realiseren als vertegenwoordigende organen slechts algemene regels maken terwijl de organen in de strafrechtspleging via beleid en rechtspraak daadwerkelijk uitdrukking geven aan de normen die in de samenleving bestaan. De taken van de wetgever en de rechter liggen in het licht van het democratiebeginsel dus niet vast.⁷

Ook met betrekking tot de straftoemering ligt niet vast hoe het democratiebeginsel tot uitdrukking moet komen in de verhouding tussen de wetgever en de rechter. De heersende normen kunnen wellicht het best tot uitdrukking komen als vertegen-

6. M.J.A. Duker, 'Controle over rechterlijke straftoemering bij zware misdrijven', *DD* 2001 (31) 2, p. 135-156.

7. Vgl. EHRM 22 november 1995, NJ 1997,

1 m.nt. Kn.

woordigende organen veel invloed hebben op de praktijk van de straftoemeting, maar ook als de rechter volledig vrij is in het bepalen van straffen. Het hangt ervan af wat het meest recht doet aan de normen die in de samenleving bestaan. De politieke besluitvorming is soms moeilijk aan te merken als een geïnformeerd proces waarlangs burgers normen aan zichzelf opleggen. Maar aan de andere kant vindt de straftoemeting in beslotenheid plaats door rechters die niet op hun beslissingen zijn aan te spreken. Ook beleidvoering door de rechtsprekende macht als orgaan vindt in beslotenheid plaats en ook daarop is de rechtsprekende macht niet aan te spreken.⁸

Omdat beide benaderingen zijn te relativiseren is het van belang om in het kader van de straftoemeting zoveel mogelijk te zoeken naar een functionele wisselwerking tussen de wetgever en de rechter, waarin de gelding van fundamentele beginselen en mensenrechten is gewaarborgd. Een wisselwerking tussen de wetgever en de rechter houdt in dat de normering van de wetgever bepalend is voor de straftoemeting van de rechter en dat de straftoemeting van de rechter en de effecten ervan uitgangspunt zijn bij de (verdere) normering door de wetgever. Die wisselwerking heeft een functie voor zover zij dwingt tot voortdurende verantwoording en toetsing van de straftoemeting vanuit zowel het perspectief van concrete gevallen als vanuit het perspectief van de strafrechtelijke politiek. Door die voortdurende verantwoording en toetsing vermindert enerzijds het gevaar van slecht geïnformeerde oordeelsvorming vanuit de politiek en anderzijds het gevaar van oncontroleerbare rechtspraak. Tegen die achtergrond moet men het bestaande systeem bekijken waarin de wetgever als vertegenwoordigend orgaan algemene regels voor straftoemeting maakt terwijl de onafhankelijke rechter daarbinnen een afweging maakt van de diverse doelen (bijv. vergelding en reïntegratie), beginselen (proportionaliteitsbeginsel) en belangen (van de verdachte en het slachtoffer) die in de concrete strafzaken in het geding zijn. Zo is voor de huidige wetgever de heersende opvatting dat de wettelijke strafmaxima oriëntatiepunten moeten zijn voor de rechter bij het bepalen van de straf in concrete gevallen⁹ terwijl de rechter voldoende vrijheid moet hebben om de straf op de omstandigheden van het individuele geval af te stemmen. Volgens de minister wordt 'de oplegging van de straf niet uitsluitend bepaald door de wil of het inzicht van de rechter. De basis wordt gevormd door de wettelijke mogelijkheden die de rechter heeft'.¹⁰

Maar in de praktijk is die wisselwerking tussen

wetgever en rechter enerzijds beperkt omdat de hoogte van wettelijke strafmaxima een grote vrijheid aan de rechter laat om de straf te bepalen. De straffen die rechters in de praktijk opleggen voor de meest voorkomende gevallen zijn doorgaans veel lager dan het geldende strafmaximum¹¹ waardoor de strafmaxima niet meer als oriëntatiepunten zijn te beschouwen. Ook bij wijzigingen van strafmaxima geeft de wetgever niet aan in hoeverre de rechter zwaarder moet straffen. Anderzijds is de wisselwerking beperkt omdat de wetgever bij het wijzigen van strafmaxima niet uitgaat van analyses van rechtspraak van waaruit de wetgever de wijzigingen motiveert. Vaak is de reden voor een wijziging niet eens gebaseerd op een oordeel over de praktijk van de straftoemeting.¹² Tegen enerzijds de achtergrond van ongelijke straftoemeting en de wens de straftoemeting nader te normeren en anderzijds de achtergrond van de gewenste democratische straftoemeting, is een belangrijkere rol van de wetgever te verdienen.¹³

2.1. De mogelijke rol van de wetgever bij de normering van de straftoemeting

Nu kan de wetgever met het oog op gelijke en verantwoorde straftoemeting meer beginselen of strafdoelen in de wet tot uitdrukking brengen met als doel dat de rechter straffen van daaruit beter kan bepalen en motiveren. Het voordeel daarvan kan zijn dat gedeelde normen en waarden in wetgeving en rechtspraak explicieter naar voren komen.¹⁴ Maar met meer beginselen of strafdoelen in de wet is nog geen consistente straftoemeting gegeven. Want er is geen eenduidig verband tussen de motivering van de straf (beginselen en strafdoelen) en de straf zelf. Met dezelfde motivering kan een rechter zes jaar en tien jaar opleggen. Het verband tussen de motivering en de straf bestaat alleen op het niveau van hele algemene strafbandbreedtes. Bijvoorbeeld de motivering van de rechter dat een moord bruut is geweest zonder dat de dader enig berouw heeft getoond kan niet leiden tot een irreëel lage gevangenisstraf van drie jaar als er verder geen strafverminderende omstandigheden zijn. Omdat het verband tussen de motivering en de straf niet eenduidig is, is het ook minder zinvol om ten behoeve van consistentie de straftoemeting te analyseren op het niveau van afzonderlijke straftoemetingsfactoren zoals die onderdeel kunnen uitmaken van een strafmotivering. Het is zinniger om op basis van bestaande casuïstiek zoals opgeslagen in een databank voor straftoemeting te zoeken naar algemenere strafbandbreedtes waarbin-

8. *Kamerstukken II* 2000/01, 27182, nr. 6, p. 20.

9. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2000-2001, 27792, nr. 3, p. 3.

10. *Kamerstukken II* 2000-2001, 27419, nr. 4, p. 26 derde kolom bovenaan.

11. J. De Hullu, I.M. Koopmans en T.A. de Roos, *Het wettelijk strafmaximum, een onderzoek naar het patroon van strafmaxima in het gemeen en het bijzondere strafrecht*, Deventer 1999, p. 106.

12. *Kamerstukken II* 1998-1999, 26564, nr. 1,

p. 3; zie bijvoorbeeld de opmerking van Korthals in: *Kamerstukken II* 1999-2000, *Handelingen*, nr. 89, pp. 5764-5765.

13. Vgl. G. Knigge, 'Sancties zonder raamwerk', *RM Themis* 2000/8, p. 281-282.

14. Vgl. De Keijser, *a.w.*.

nen rechters straffen opleggen voor bepaalde *typen* van misdrijven¹⁵ zoals die worden gekenmerkt door slechts één of twee strafbepalende kenmerken.¹⁶ Daarnaast is het zinniger om te onderzoeken welke vormen van sanctietoepassing het meest doelmatig zijn. Als bepaalde sancties voor plegers van bepaalde misdrijven of voor bepaalde typen van daders effectief zijn gebleken, dan kan dat worden verdisconteerd in de normering van de straftoemeting. Die strafbandbreedtes en die onderzoeksresultaten vormen concretere, en door de wetgever eventueel nader te beoordelen, uitgangspunten voor (de normering van) de straftoemeting en sluiten bovendien zichtbaar aan bij de praktijk van de strafrechtspleging. Juist langs de motivering van die analyses van de casuïstiek en de sanctietoepassing is een heldere wisselwerking te bewerkstelligen omdat verschillende opvattingen over straftoemeting dan ergens aan zijn te toetsen. Het belang en gewicht van bepaalde omstandigheden en de achterliggende beginselen of strafdoelen moeten daarentegen in elke concrete strafzaak weer opnieuw ter discussie kunnen staan. In zoverre kan de wens de beginselen en strafdoelen meer te expliciteren in concrete gevallen vorm krijgen binnen de kaders van de genoemde concretere normering van de straftoemeting.

Voor zover het betreft het voorschrijven van strafbandbreedtes op grond van (de nadere beoordeling van) analyses van strafbandbreedtes in de casuïstiek, zou de wetgever er bijvoorbeeld voor kunnen kiezen om naast de bestaande wettelijke strafbandbreedtes voor bepaalde delictsomschrijvingen in het Wetboek van Strafrecht en in Bijzondere Strafwetten een smallere strafbandbreedte te bepalen. Een dergelijke versmalling van strafbandbreedtes is alleen mogelijk als de wet de delictsomschrijvingen waarvoor zij gelden concreter omschrijft. Een smalle bandbreedte voor delicten als doodslag of verkrachting zoals die nu in het Wetboek van Strafrecht staan omschreven, is niet mogelijk. De variatie aan gevallen die onder de betreffende delictsomschrijvingen vallen is te groot om daar een smalle strafbandbreedte voor te bepalen. Een doodslag kan enerzijds gaan om een verminderd toerekenbare dader die voorwaardelijk opzet had op de dood. Anderzijds kan er sprake zijn van een recidiverende, geheel toerekeningsvatbare dader die opzettelijk een ander op gruwelijke wijze om het leven brengt. Enerzijds kan er bij verkrachting sprake zijn van een gedwongen tongzoen¹⁷, anderzijds van een door geweld en bedreiging afgedwongen penetratie met ernstig lichamelijk letsel als gevolg. Zo zou de wetgever wel kunnen bepalen dat voor een volledig opzettelijke

en geheel toerekenbare doodslag naast de wettelijke bandbreedte van één dag tot vijftien jaar gevangenisstraf ook een additionele strafbandbreedte geldt van minimaal zeseneenhalf tot maximaal acht jaar gevangenisstraf. Als dan voor concretere omschrijvingen van het delict smallere bandbreedtes gelden kan de wetgever voorschrijven dat de rechter mag afwijken van de bandbreedte maar die afwijking extra moet motiveren. Het gangbare argument tegen wettelijke minimumstraffen dat de rechter niet meer onder bijzondere omstandigheden een lagere straf kan opleggen houdt dan geen stand.

Maar een sterker en tegelijk overtuigend argument tegen concretere normering door juist de wetgever op het terrein van de straftoemeting is de traagheid van het wetgevingsproces tegenover de voortdurende ontwikkeling in de straftoemeting. De voorgeschreven smalle strafbandbreedtes zouden in beginsel aanpassing behoeven vanwege ontwikkelingen in de rechtspraak¹⁸ zoals blijkt uit de in de databank opgeslagen casuïstiek. De voorgeschreven strafsoorten zouden mogelijk ook aanpassing behoeven omdat die op basis van onderzoek naar sanctietoepassing niet effectief blijken. Het wetgevingsproces is er niet op ingericht om voor vele verschillende misdrijven daar snel op in te spelen. Bovendien is de wetgever niet in de positie om dergelijke ontwikkelingen altijd voldoende te signaleren omdat zij geen onderdeel uitmaakt van de strafrechtspleging. Een argument van geheel andere orde is nog dat de wetgever nooit een strengere straftoemeting op doelmatige wijze via wetgeving zou kunnen voorschrijven aan de strafrechtspleging omdat het Openbaar Ministerie vaak verantwoord kan afzien van vervolging van strafbare feiten voor zover het vindt dat in geval van vervolging de wet de rechter zou dwingen een te hoge straf op te leggen. De wetgever is dus niet goed in staat om op doelmatige wijze concrete regels te maken voor straftoemeting. De wetgever blijft in werkelijkheid dus ook stil zitten en doet nu en dan voorstellen voor verhoging van strafmaxima voor bepaalde misdrijven. Omdat die strafmaxima vaak in geen verhouding staan tot de gemiddelde opgelegde straffen, is de invloed daarvan op de straftoemeting onzeker. Concretere regels voor straftoemeting zouden daarom vorm moeten krijgen in beleid dat meer vatbaar is voor aanpassing dan formele wetgeving.

2.2. Beleidsvoering door de rechtsprekende macht

Nu heeft de rechtsprekende macht inderdaad landelijk beleid gemaakt in de vorm van landelijke oriëntatiepunten met het oog op een consistentere straftoemeting.¹⁹ Zeker bij gebreke van concretere wet-

15. Voor zover het gaat om strafbare feiten waarvan uitspraken niet in een databank worden opgeslagen, zouden meer oppervlakkige analyses in beleidsinformatiesystemen van het Openbaar Ministerie tot op zekere hoogte

wellicht een beeld kunnen geven van strafbandbreedtes voor typen strafbare feiten.

16. Vergelijk de vormgeving van de landelijke oriëntatiepunten.

17. HR 21 april 1998, NJ 1998, 781.

18. Vgl Council of Europe, *Consistency in sentencing*, Recommendation No. R (92) 17 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 19 October 1992, Council of Europe Press 1993, p. 22.

telijke regels voor straftoemeting zou het in theorie te verdedigen zijn dat de rechtsprekende macht beleid voert op het terrein van de straftoemeting. Rechter hebben uiteindelijk het laatste woord in de strafzaken die het Openbaar Ministerie vervolgt en hebben daarbij een ruime beslissingsvrijheid van de wetgever gekregen. Daardoor en als gevolg van de breed gedeelde opvatting dat de politiek zich op afstand moet houden van de straftoemeting is er een algemeen aanvaarde praktijk ontstaan waarin de straftoemeting door haar aard in belangrijke mate door rechters wordt bepaald.²⁰ Nu kan de rechtsprekende macht bovendien in onafhankelijkheid en zonder druk van buitenaf de normen die in de samenleving bestaan tot uitdrukking laten komen in de oordeelsvorming en in beleidsvoering. Juist rechters zouden dan door samenwerking zelf enige consistentie moeten aanbrengen in hun beslissingen. Landelijke oriëntatiepunten zijn bovendien een voortzetting van een al lang bestaand intern gebruik van dergelijke oriëntatiepunten door de verschillende arrondissementen afzonderlijk. De wetgever heeft de vrijheid van de rechter om dergelijke interne oriëntatiepunten te gebruiken altijd in stand gehouden zonder zich vanuit zijn vertegenwoordigende positie genooddakt te voelen zich daarmee te bemoeien. Uitgaande van die algemeen aanvaarde praktijk kan men rechters op grond van het gelijkheidsbeginsel dan gehouden achten om landelijk beleid te voeren omdat zij zelf moeten waarborgen dat de ene rechtbank niet anders oordeelt dan de andere rechtbank. Het verschil tussen nu en vroeger is dat de vroegere oriëntatiepunten, die per arrondissement van elkaar afweken²¹, nu landelijk zijn afgestemd en openbaar zijn gemaakt. Die afstemming tussen rechters is bevorderlijk voor de gelijkheid van de straftoemeting. Want als blijkt dat rechters verschillende oriëntatiepunten gebruiken voor vergelijkbare type misdrijven, dan is aannemelijk dat het vervolgens op elkaar afstemmen van die oriëntatiepunten tot meer consistentie leidt.

2.3. *Kritiek op beleidsvoering door de rechtsprekende macht*

Toch vermindert beleidsvoering door de rechtsprekende macht juist de wisselwerking tussen wetgever en rechter op het terrein van de straftoemeting. Als de rechtsprekende macht voor wiens beleid de minister geen verantwoordelijkheid kan dragen feite-

lijk bepalend is voor de praktijk van de straftoemeting en de wetgever zich daar buiten houdt, dan kan men niet spreken van een systeem waarin de normering vanuit de wetgever uitgangspunt is voor de straftoemeting van de rechter en waarin de straftoemeting van de rechter en de effecten daarvan uitgangspunt zijn bij de (verdere) normering door de wetgever. In zijn antwoord d.d. 12 november 1999 op een commentaar van de president van en de Procureur-generaal bij de Hoge Raad op de conceptwetsvoorstellen organisatie en bestuur gerechten en Raad voor de Rechtspraak van 27 oktober 1999 stelde de minister dat een binding van de rechter aan regels die in de rechtsprekende macht zelf zijn vastgesteld (bv. landelijke oriëntatiepunten (MJAD)) niet in overeenstemming met de Grondwet is.²² Hij volgt daarbij de opvatting van de Raad van State dat het de taak van de rechter is om regels die grondwettelijk daartoe bevoegde autoriteiten hebben gemaakt, te toetsen en toe te passen. Daarom is het volgens de Raad van State in strijd met de Grondwet als rechters eigen regels (landelijke oriëntatiepunten (MJAD)) maken waaraan de rechter in concrete strafzaken is te houden. De wet voorziet dan ook niet in een uitdrukkelijke bevoegdheidsgrondslag voor het maken van landelijke oriëntatiepunten binnen de rechtsprekende macht.

Het vaststellen van landelijke oriëntatiepunten staat bovendien op gespannen voet met de wil van de wetgever om de rechter de vrijheid te geven een straf af te stemmen op de individuele omstandigheden van het concrete geval. Die opvatting moet men bezien tegen de achtergrond van de huidige reorganisatie van de rechtsprekende macht waaronder de invoering van een eigen Raad voor de Rechtspraak. Die reorganisatie geeft blijk van een verschuiving van kritische en zorgvuldige rechtspraak naar meer efficiënte en uniforme rechtspraak.²³ Als het bijvoorbeeld gaat om de straftoemeting zou volgens de ontwerpers van de reorganisatie meer uniformiteit binnen de rechtsprekende macht de onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht als orgaan moeten versterken. Maar de uniformiteit binnen en onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht als orgaan kan in het geval van landelijke oriëntatiepunten juist ten koste gaan van de kwaliteit van de straftoemeting in concrete gevallen. Want het voorgeschreven krijgen van landelijke oriëntatiepunten vanuit de eigen organisatie kan een ambtelijke opstelling van rechters

19. Het is in dit verband niet van belang dat het overleg van strafsectorvoorzitters (LOVS) opvallenderwijs pas echt haast maakte met het maken van landelijke oriëntatiepunten toen de Commissie Leenhuis in haar rapport een Raad voor de Rechtspraak in het vooruitzicht stelde die richtlijnen voor straftoemeting aan rechters kon voorschrijven. Het is niet overtuigend om die mogelijke achter-

grond te zien als bewijs dat het LOVS zichzelf in werkelijkheid helemaal geen beleidstaak toekent.

20. De minister heeft de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting zelfs als voorwaarde aangemerkt voor aanvaarding van nieuwe regelgeving in verband met Europees strafrechtelijke samenwerking (*Kamerstukken II* 1998-1999, 26656, nr. 1, p. 6 en de brief van de

minister aan de voorzitter van de vaste commissie voor Justitie, d.d. 5 juli 2001, just 000567).

21. Fiselier en Lensing, *a.w.*

22. NJB 15 september 2000, afl. 32, p. 1626

23. T.M. Schalken, 'De maakbaarheid van het strafrecht', *DD* 1999, afl. 9, p. 851-867.

bevorderen.²⁴ Onafhankelijke rechters vertegenwoordigen dan in concrete gevallen een beleidsvoerende orgaan. Bovendien worden de landelijke oriëntatiepunten vormgegeven door het Landelijk Overleg Van Strafsectorvoorzitters. Die strafsectorvoorzitters worden als lid van het gerechtshof bij koninklijk besluit op voordracht van de minister (her)benoemd.²⁵ Een kritische opstelling tegenover landelijke oriëntatiepunten, zowel tijdens het ontwerpen als tijdens het toepassen ervan, vergt dan meer eigenzinnigheid dan voorheen.

Deze kritiek is te meer van belang vanwege de mogelijkheid dat de nieuw in te stellen Raad voor de Rechtspraak het in de toekomst als haar taak gaat zien de bevordering van de eenheid in de straftoemeting in eigen hand te nemen. Uit de kamerstukken met betrekking tot de reorganisatie van de rechtsprekende macht is af te leiden dat de Raad voor de Rechtspraak alleen een ondersteunende rol ten opzichte van het LOVS zou hebben. Maar een volgende minister kan daar anders over denken en kan de Raad voor de Rechtspraak in de toekomst een belangrijke rol geven.²⁶ In dat geval zou het beleid niet alleen grondslag vinden in de samenwerking tussen rechters, ondersteund door de Raad voor de Rechtspraak, maar zou het van bovenaf uit de organisatie van de rechtsprekende macht aan rechters worden opgelegd. Dat zou de kwalitatieve en kritische oordeelsvorming van de rechter te meer kunnen verstoren. Beleidsvoering door de rechtsprekende macht zou zelfs in strijd kunnen komen met de zo gewenste onafhankelijkheid van de rechtsprekende macht als de Raad voor de Rechtspraak het beleid zou vaststellen of daar nauw bij betrokken zou zijn. De minister heeft immers met de Raad voor de Rechtspraak een goed aanspreekbare vertegenwoordiging van de rechtsprekende macht waardoor hij informeel vorm kan geven aan invloed op de straftoemeting. Een aanleiding voor deze suggestie is bijvoorbeeld het adviesrapport van de Raad van Europa van 30 september 1999 waarin is afgesproken (art. 19) dat ook rechters worden betrokken bij het afstemmen van straftoemingsbeleid op de capaciteit van cellen. Het is bovendien niet ondenkbaar dat het parlement de minister in de toekomst gaat aanspreken op het beleid van de rechtsprekende macht ook al meent hij daarvoor geen verantwoordelijkheid te kunnen dragen. Het gevaar van de invloed van de minister schuilt er dan in dat hij invloed uitoefent op de straftoemeting via beleid dat

rechters als hun eigen onafhankelijk vastgestelde beleid zouden moeten zien en ten aanzien waarvan zij in concrete gevallen dus wellicht onvoldoende kritisch zijn.

Verder heeft de Hoge Raad heeft de landelijke oriëntatiepunten vooralsnog niet in één van zijn uitspraken aangemerkt als recht in de zin van artikel 99 lid 1 onder 2 Wet RO in die zin dat rechters een motiveringsplicht hebben als zij ervan afwijken. Als die vraag aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, kan hij daarin verandering brengen. Op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad zouden zij in beginsel alleen recht kunnen vormen in de zin van artikel 99 lid 1 onder 2 Wet RO als een orgaan van openbaar bestuur ze had vastgesteld.²⁷ Maar de Hoge Raad heeft ook rolrichtlijnen van rechtbanken aangemerkt als recht in de zin van artikel 99 lid 1 onder 2 Wet RO omdat zij door rechtbank(en) vastgestelde regels betreffen omtrent de uitoefening van hun rolbeleid, die de rechter bovendien binden op grond van beginselen van behoorlijke rechtspleging.²⁸ Nu kan men een relevant verschil zien tussen enerzijds rolbeleid dat betrekking heeft op het in goede banen leiden van juridische procedures (bijvoorbeeld de gang van zaken tijdens een echtscheidingsprocedure²⁹) en anderzijds inhoudelijk beleid. Niettemin zijn landelijke oriëntatiepunten in het licht van de uitspraken over rolbeleid wellicht aan te merken als rechtsregels. Men zou verwachten dat rechters zich zelf kunnen binden aan landelijke oriëntatiepunten op grond van het gelijkheidsbeginsel zoals zij zich ook kunnen binden aan het rolbeleid op grond van beginselen van een behoorlijke rechtspleging. Aan de andere kant valt op dat de Hoge Raad in een alimentatiezaak uit 1991³⁰ uitdrukkelijk geen aanleiding zag om alleen al vanwege de vrij algemene toepassing van (inhoudelijke) alimentatienormen de rechter op grond van het gelijkheidsbeginsel te houden aan die normen in die zin dat de rechter (i.c. het hof) in ieder geval een motiveringsplicht heeft bij afwijking. De Hoge Raad achtte het betreffende middel feitelijk ongegrond omdat niet was gebleken dat het hof de alimentatienormen toepasselijk had geacht. Het gegeven dat de alimentatienormen afkomstig waren van een privaatrechtelijke instelling (NVvR) en niet van een orgaan van openbaar bestuur belette de Hoge Raad om anders te oordelen.³¹ De vraag is of de Hoge Raad in het geval van landelijke oriëntatiepunten van het LOVS wel anders zal oordelen. Het wachten

24. Vgl. De Roos en Schoep, *a.w.*, p. 44; vgl. M.A. Loth, 'Rechterlijke samenwerking en rechtsvinding', in: Cleiren en Schoep (red.) *a.w.*, p. 116; vgl. T. Prakken, 'De rechterlijke vrijheid van straftoemeting', in: Cleiren en Schoep (red.), *a.w.*, p. 138.

25. *Kamerstukken I 2000-2001*, 27181, nr. 323 (art. 22.1.2, lid 1 jo. lid 5).

26. Bovendien heeft ook de huidige minister daar geen consequente opvatting over (*Kamerstukken II 2000-2001*, 27419, nr. 4, p. 24 eerste kolom). Vgl. overigens ook De Roos en Schoep, *a.w.*, p. 47.

27. HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118; vgl. ook HR 29 maart 1994, NJ 1994, 577.

28. HR 28 juni 1996, NJ 1997, 495; zie ook

HR 4 april 1997, NJ 1998, 220.

29. L.H.M. Zonnenberg, 'Procesreglement echtscheidingsprocedure en naschrift', *EB* nr. 11/12, 2000, p. 5-13.

30. HR 1 november 1991, NJ 1992, 30.

31. De Hoge Raad is vooralsnog (vgl. HR 28 februari 1997, NJ 1997, 306) op dat standpunt niet teruggekomen.

is op een strafzaak waarin de Hoge Raad antwoord moet geven op deze vraag naar de status van de landelijke oriëntatiepunten.

De Raad van State en de minister lijken een binding van de rechter aan landelijke oriëntatiepunten in ieder geval dus af te wijzen en hoe de Hoge Raad daarover denkt valt nog te bezien. Vanuit de gewenste wisselwerking tussen wetgever en rechter, de noodzakelijke oordeelsvrijheid van de rechter en vanuit de eis van een onafhankelijke rechtspraak is de opvatting van de Raad van State en de minister goed te verdedigen. Aan de andere kant vindt de minister beleidsvoering door de rechtsprekende macht wel doelmatig zolang het beleid niet meer is dan een algemeen referentiekader.³² De minister heeft in zijn eerdergenoemde antwoord op een commentaar van de president van en de Procureur-generaal bij de Hoge Raad ook opgemerkt dat het aan de rechter is om in het concrete geval te bepalen of een eigen beleidsregel (landelijke oriëntatiepunt (MJAD)) toepasselijk is.³³ Deze benadering is echter weer weinig overtuigend. Want men bereikt consistente straftoewijzing niet met beleid dat rechters vrijblijvend kunnen hanteren. Het gevolg van die vrijblijvendheid, die nu in ieder geval nog bestaat, is dat rechtbanken weer hun lokale straflijstjes kunnen toepassen met alle mogelijke gevolgen van dien voor de landelijke consistentie. Als nu beleidsvoering door de rechtsprekende macht de wisselwerking tussen wetgever en rechter uitholt en op gespannen voet staat met de gewenste beoordelingsvrijheid van de rechter en de onafhankelijkheid van de rechtspraak en als anderzijds ook een vrijblijvende toepassing niet doelmatig is, dan is deze berusting in beleidsvoering niet meer goed te verdedigen in het geval er een alternatieve normering voorhanden zou zijn die wel de gewenste wisselwerking tussen wetgever en rechter bewerkstelligt, die wel tegemoet komt aan de gewenste beoordelingsvrijheid van de rechter en aan de onafhankelijkheid van de rechtspraak en die bovendien niet vrijblijvend is.

2.4. Een alternatief voor beleidsvoering door de rechtsprekende macht

Dat alternatief nu is te vinden in een systematiek waarin democratisch gecontroleerd strafvorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie de straftoewijzing door de rechter zou bepalen zonder dat de rechtsprekende macht daar een beleid tegenover stelt. Aan de hand van analyses van de casuïstiek zo-

als die toegankelijk is te maken via de eerdergenoemde databank voor straftoewijzing, kan het Openbaar Ministerie dan de in strafvorderingsrichtlijnen voor te schrijven strafbandbreedtes motiveren. Verder kunnen met name bij lichtere strafbare feiten waarvoor het sanctiearsenaal betrekkelijk breed is, ook onderzochte resultaten van sanctietoepassing aan het strafvorderingsbeleid ten grondslag liggen. Maar nu geeft ook het bestaande strafvorderingsbeleid weinig uitdrukking aan een wisselwerking tussen enerzijds minister en parlement en anderzijds de rechter. Het parlement is op geen enkele wijze betrokken bij vaststelling van strafvorderingsrichtlijnen en de rechter hoeft zich er op geen enkele wijze rekenschap van te geven. Hij is alleen wettelijk verplicht de straf extra te motiveren als die uitgaat boven de eis van de officier van Justitie terwijl hij niet hoeft te controleren in hoeverre de officier van Justitie die eis op het strafvorderingsbeleid heeft gebaseerd. Met het oog op een daadwerkelijke wisselwerking tussen wetgever en rechter zou de rechter dan allereerst een wettelijke motiveringsplicht moeten hebben in geval van afwijkingen van die strafvorderingsrichtlijnen in concrete gevallen. Het Wetboek van Strafvordering zou dan moeten bepalen dat de rechter extra motiveert als hij van de voorgeschreven strafsoorten en strafbandbreedtes afwijkt. Als dan de minister en het parlement niet of nauwelijks betrokken zijn bij het vaststellen van het strafvorderingsbeleid, kan men daar tegen inbrengen dat het Openbaar Ministerie een te bepalende rol bij de straftoewijzing krijgt.

Daarom en met het oog op een daadwerkelijke wisselwerking tussen wetgever en rechter is het op goede gronden te verdedigen dat het Openbaar Ministerie strafvorderingsrichtlijnen ook ter goedkeuring voorlegt aan zowel de minister als het parlement (dus niet de wetgever in formele zin maar bijvoorbeeld de vaste kamercommissie voor Justitie samen met de minister). Daardoor is het strafvorderingsbeleid pas werkelijk als overheidsbeleid aan te merken.³⁴ Door het parlement goedgekeurde strafvorderingsrichtlijnen zouden dan ook bij Algemene Maatregel van Bestuur (art. 89 Gw) kunnen worden vastgesteld³⁵, maar noodzakelijk is dat niet. Waar het hier echter om gaat is dat in de praktijk in ieder geval niet het Ministerie van Justitie of de Raad voor de Rechtspraak (vgl. de vorige paragraaf) maar in de eerste plaats het Openbaar Ministerie als direct verantwoordelijke voor vervolging en tenuitvoerleg-

32. Kamerstukken II 1999-2000, 27182, nr. 3, p. 24.

33. NJB 15 september 2000, afl. 32, p. 1626.

34. vgl. B.J. Asscher, 'De officier van Justitie door het oog van de rechter, of: de derivatieve uitvoering van originaire bevoegdheden', in: *Magistraat met beleid, de officier van Justitie en zijn omgeving* (red. T.M. Schalken,

H.P. Wooldrik, W.G.C. Mijnsen en J. Wortel), Arnhem 1992, p. 145-154; vgl. ook B.J. Asscher, 'Consistente straftoewijzing: prima, maar hoe?', NJB 3 september 1999, afl. 30, p. 1424.

35. Vgl. Knigge, a.w. De formele wet zou daartoe de bevoegdheid aan de regering moeten geven terwijl bepaald zou kunnen wor-

den dat van een advies van de Raad van State zou kunnen worden afgezien. De richtlijnen zouden ook de vorm kunnen krijgen van een ministeriële regeling op grond van een aparte wettelijke regelingsbevoegdheid of zij zouden de status kunnen krijgen van een ministeriële aanwijzing in de zin van art. 127 Wet RO.

ging de betreffende strafvorderingsrichtlijnen ontwikkelt. Overigens overlegt het Openbaar Ministerie niettemin ook nu al met ambtenaren van diverse ministeries over het te ontwikkelen strafvorderingsbeleid. Verder zal voor vaststelling van richtlijnen door zowel het Openbaar Ministerie, als de minister en het parlement een advies van het LOVS over de ontwikkelde strafvorderingsrichtlijnen moeten worden meegenomen.

Deze systematiek stemt deels overeen met de praktijk waarin rechters bij sommige strafbare feiten ook nu al de strafvorderingsrichtlijnen als uitgangspunt gebruiken. Zij brengt daar alleen meer consistentie in aan. Daarnaast past deze systematiek ook in een praktijk waarin strafvorderingsrichtlijnen voor de verdediging een belangrijk uitgangspunt kunnen zijn om een strafmaatverweer op af te stemmen. Verder stemt zij wat betreft de toetsende rol van de rechter ook overeen met de strekking van de nota Sancties in Perspectief van de minister van Justitie over de toekomst van het sanctiestelsel.³⁶ Deze systematiek tast de oordeelsvrijheid van de rechter en de eis van onafhankelijke rechtspraak niet wezenlijk aan zolang de minister of het parlement de rechter niet buiten wetgeving om verhinderen bepaalde straffen op te leggen maar het aan de rechter overlaten in een concreet geval de passende straf te bepalen. Nog strafvorderingsrichtlijnen waar de rechter niet van af mag wijken noch bemoeienis van de politiek met concrete strafzaken zijn wenselijk. De nadruk zou dus moeten liggen op beleidsvoering door het Openbaar Ministerie dat opereert onder democratische controle (van de minister en het parlement) tegenover een onafhankelijke en kritische attitude van rechters in concrete strafzaken. De rechtsprekende macht zou daar geen eigen beleid tegenover mogen stellen om redenen die hiervoor al naar voren zijn gekomen. Deze systematiek kent het Openbaar Ministerie een belangrijke rol toe maar verstoort niet het evenwicht tussen wetgever, Openbaar Ministerie en rechter. Ten eerste niet vanwege de functionele wisselwerking die er het gevolg van is (§2) en ten tweede niet doordat het evenwicht voldoende in stand wordt gehouden door onderlinge afhankelijkheden.

De functionele benadering kan onder meer inhouden dat een meer afgewogen politieke besluitvorming over straftoemeting is te bereiken door een intensievere wisselwerking tussen enerzijds minister, parlement en Openbaar Ministerie en anderzijds de rechter, met andere woorden door de politiek juist meer te betrekken bij de straftoemeting en door elke besluitvorming over straftoemeting toetsbaar te maken aan de casuïstiek en aan de effectiviteit van sanctietoepassing. Hiervoor is uitgelegd dat beleidsvoering binnen de rechtsprekende macht daarentegen

juist vatbaar is voor oncontroleerbare politieke druk. Tegen de achtergrond van een toetsbare wisselwerking tussen enerzijds minister, parlement en Openbaar Ministerie en anderzijds de rechter, zal het parlement zich mogelijk veel gelegen laten liggen aan hetgeen het Openbaar Ministerie nodig heeft gevonden in verband met het ontwikkelen van strafvorderingsbeleid. Aan de andere kant beperkt die bepalende rol van het Openbaar Ministerie weer niet de vrijheid van de rechter om in concrete gevallen een passende straf op te leggen. Bovendien zal ook het LOVS een belangrijk aandeel hebben in het vaststellen van het strafvorderingsbeleid. Dat aandeel kan leiden tot adviezen die ook de minister en het parlement in overweging zullen nemen.

Maar behalve door deze functionele wisselwerking blijft het bestaande evenwicht tussen wetgever, Openbaar Ministerie en rechter ook in stand door onderlinge afhankelijkheden. Voor de minister en het parlement is het onzinnig om tegen de wensen van het Openbaar Ministerie strafvorderingsbeleid door te drukken waar het Openbaar Ministerie zelf niet achter staat. Want officieren van Justitie kunnen dan in concrete strafzaken strafvorderingsbeleid ontwijken door meer buiten de rechter om mild te transigeren of bij vervolging de tenlastelegging milder te maken. Voor zover een dergelijke praktijk uitsluitend naar aanleiding van politieke pressie plaatsvindt, is daarmee de strafrechtelijke rechtshandhaving niet gediend. Anderzijds is het ook voor het Openbaar Ministerie niet zinnig om strafvorderingsrichtlijnen te maken die volstrekt in strijd zijn met opvattingen van de rechtsprekende macht zoals die kunnen blijken uit de casuïstiek. Want de rechter heeft in concrete strafzaken het laatste woord en kan consequent afwijken van de strafvorderingsrichtlijn of de strafvorderingsrichtlijn in strijd achten met het proportionaliteitsbeginsel. Als het Openbaar Ministerie aan de andere kant onvoldoende rekenschap geeft van opvattingen die in het politieke debat vorm krijgen, nodigt het de minister en het parlement uit om zich nog meer met het beleid van het Openbaar Ministerie te bemoeien. Tenslotte is het ook voor de rechter niet doelmatig om zich te eigenzinnig op te stellen tegenover parlementair goedgekeurd strafvorderingsbeleid. Want hij verliest aan gezag in de samenleving als hij onvoldoende rekening blijkt te houden met normen in de samenleving waarvan het parlement en het Openbaar Ministerie zich rekenschap hebben gegeven. Als hij bovendien de eigen opvatting niet goed kan verantwoorden, verliest hij ook aan respect bij de wetgever die zich geroepen kan voelen de rechter meer te binden aan regels. Dat zou de noodzakelijke oordeelsvrijheid van de rechter wel kunnen aantasten.

36. 'Sancties in perspectief', Beleidsnota inzake de heroriëntatie op de toepassing van

vrijheidsstraffen en vrijheidsbeperkende straffen bij volwassenen, door Directie Preventie,

Jeugd en Sancties van het Ministerie van Justitie, Den Haag: februari 2000, p. 19.

Samengevat is het tegen de achtergrond van de onbepaalde verhouding tussen de wetgever en de rechter niet eenvoudig gebleken een opvatting te verdedigen over de taken van de wetgever (of de minister en het parlement) en de rechter bij de straftoemeting. Daarom is gekozen voor een functionele wisselwerking tussen enerzijds minister, parlement en Openbaar Ministerie en anderzijds de onafhankelijke rechter waarin de straftoemeting voortdurend controleerbaar en voor discussie vatbaar is. Waar het tegen de achtergrond van de onbepaalde verhouding tussen de wetgever en de rechter niet eenvoudig is gebleken een opvatting te verdedigen over de taken van de wetgever en de rechter bij de straftoemeting, daar kan de positie van het Openbaar Ministerie in de strafrechtspleging in verhouding tot de rechter wel concreet laten zien waarom deze functionele wisselwerking via het Openbaar Ministerie de voorkeur verdient boven het handhaven van de beleidsvrijheid binnen de rechtsprekende macht op het terrein van de straftoemeting. De uitleg van die positie laat ook zien waarom een belangrijke rol voor het Openbaar Ministerie niet is aan te merken als een verstoring van het evenwicht tussen wetgever, Openbaar Ministerie en rechter.

3. Het Openbaar Ministerie en de rechter

Het Openbaar Ministerie heeft het monopolie op de strafrechtelijke vervolging van gepleegde misdrijven (art. 124 Wet RO). Het kan op basis van het algemeen belang besluiten niet te vervolgen. Daarnaast doet het Openbaar Ministerie een groot deel van de strafzaken zelf af door met de verdachte een transactie overeen te komen. Opvallend is dat de mogelijkheid om te transigeren nog niet lang geleden is uitgebreid tot misdrijven waarvoor een strafmaximum van zes jaar of minder staat.³⁷ Bovendien heeft de wetgever recent de mogelijkheid gecreëerd dat het Openbaar Ministerie niet alleen geldboetes maar ook korte taakstraffen via een overeengekomen transactie kan opleggen (art. 74 lid 2 sub f Sr). De wetgever staat dus een systeem voor waarin op basis van beleid nog meer afdoeningen aan de rechter voorbij gaan. Het grootste deel van de strafbare feiten die jaarlijks gepleegd worden, komt zo in aanmerking voor afdoening op basis van het strafvorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie. Daarom is ook te verdedigen dat de rechter de straf bepaalt op basis van datzelfde beleid in de gevallen die wel voor de rechter komen. Het is niet consequent dat het Openbaar Ministerie enerzijds zelf kan bepalen te vervolgen en veel feiten zelf afdoet op basis van kenbaar beleid terwijl anderzijds de rechtsprekende macht eigen beleid voert voor de gevallen

die wel voor de rechter komen. Consequent is om het strafvorderingsbeleid uit te breiden en als uitgangspunt voor de rechter aan te merken bij het bepalen van de straf net als dat beleid uitgangspunt is bij het afdoen van strafbare feiten door het Openbaar Ministerie. De strijdigheid hiervan met het beleidsuitgangspunt om na het weigeren van een transactiebod door de verdachte een hogere straf van de rechter te eisen is niet overtuigend genoeg om in dit verband als bezwaar te dienen. Dat beleidsuitgangspunt heeft als doel om verdachten te verleiden in te gaan op een transactieaanbod en het is aannemelijk dat het effect heeft. Aan de andere kant is het ook aannemelijk dat verdachten alleen al willen transigeren omdat zij de openbaarheid, de kosten en de tijdrovendheid van een gang naar de rechter willen vermijden onafhankelijk van de hoogte van bijvoorbeeld de boete die zij moesten betalen.

Als het strafvorderingsbeleid uitgangspunt is voor de rechter bij het bepalen van de straf net als dat beleid uitgangspunt is bij het afdoen van de meeste strafbare feiten, dan heeft de rechter in dit verband dus een toetsende rol. De functie van de rechter is dan in feite te beslissen of het Openbaar Ministerie met strafrechtelijke sancties tegen een bepaalde burger mag optreden³⁸ en om te bepalen of het dat mag doen volgens het strafvorderingsbeleid en in het bijzonder door tenuitvoerlegging van de gevorderde straf. De functie van de rechter is in dit verband ook in belangrijke mate een rechtsbeschermende³⁹ in die zin dat hij niet zelf reageert op het strafbare gedrag van de verdachte maar voorkomt dat de overheid onrechtmatig ingrijpt in het leven van de verdachte. Aan de andere kant heeft de rechter niet alleen de taak om verdachten te beschermen tegen willekeurig ingrijpen door de overheid. Hij heeft ook de taak om de belangen van een veilige samenleving en die van slachtoffers mee te wegen. Het strafrecht, waaronder de rechtspraak door de strafrechter, heeft namelijk niet alleen als doel de burger te beschermen tegen de overheid, maar ook om de burgers tegen elkaar te beschermen. De verantwoordelijkheid die het Openbaar Ministerie heeft voor het voeren van strafvorderingsbeleid en het betrekken van de belangen van slachtoffers in de vervolgingsbeslissingen en te vorderen straffen, neemt dus niet weg dat de rechter een eigen bevoegdheid en verantwoordelijkheid heeft om in het nadeel van de verdachte een hogere straf op te leggen dan het strafvorderingsbeleid voorschrijft of de officier van Justitie eist. De rechter toetst aan het proportionaliteitsbeginsel en kan in een concreet geval een straf binnen de grenzen van dat beleid of de daadwerkelijk gevorderde straf om

37. Namelijk bij wet van 31 maart 1983, *Stb.* 1983, 15. De minister motiveerde de grens van zes jaar bovendien met de weinig overtuigende overweging dat met een grote mate

van waarschijnlijkheid in andere gevallen toch nooit getransigeerd zal worden (*Kamerstukken II* 1977/78, 15012, nrs. 1-3, p. 36).

38. Ch.J. Enschedé, 'De grenzen van de

functie van de strafrechter', *Themis* nrs. 5/6, 1974, p. 607.

39. Zie ook 'Sancties in perspectief', *a.w.*, p. 22-23.

bepaalde redenen te laag vinden.⁴⁰ Ook het gelijkheidsbeginsel kan de rechter ertoe dwingen zowel een hogere als een lagere straf dan het strafvorderingsbeleid voorschrijft, op te leggen. Zo heeft de rechter ook de bevoegdheid om op verzoek van belanghebbenden maar tegen de wens van de verdachte en het Openbaar Ministerie in een vervolging te bevelen (art. 12 Sv). Dat kan in het belang zijn van een veilige samenleving en een juiste rechtstoepassing net als een hogere straf dan geëist dat kan zijn. Maar de rechter kan alleen maar bevelen tot vervolging voor zover de wet die vervolging toelaat en voor zover die op basis van wettelijke bewijscriteria haalbaar is te achten. Hij kan ook alleen maar hogere straffen opleggen binnen de wettelijke grenzen van de strafmaxima. De rechter kan dus nooit meer doen dan de wet hem toelaat.

Behalve dat de meeste strafbare feiten al in aanmerking komen voor afdoening door het Openbaar Ministerie op basis van strafvorderingsbeleid vormen ook de taken van het Openbaar Ministerie in de strafrechtspleging de aanleiding om het Openbaar Ministerie een bepalende rol te geven op het terrein van de straftoemeting. Het is immers zijn taak om onder politieke verantwoordelijkheid van de minister een strafrechtelijke politiek te voeren waarin het een evenwicht zoekt tussen enerzijds de reactie op strafbaar gedrag en anderzijds de capaciteit om opgelegde sancties ten uitvoer te leggen. Daarbij vormt de evenredige vergelding van strafbaar gedrag en doelmatigheid van de sanctietoepassing het uitgangspunt. Dat neemt niet weg dat het Openbaar Ministerie door rechters opgelegde straffen, en ook een zwaardere straf dan geëist, in beginsel moet ten uitvoerleggen.⁴¹ Het Openbaar Ministerie mag niet geheel zelf bepalen wat het doet met rechterlijke uitspraken die nadere aanwijzingen kunnen bevatten over de wijze van tenuitvoerlegging van een straf of maatregel. Voor een dergelijke willekeur bij de overheid is het systeem overigens ook niet goed vatbaar omdat de tenuitvoerlegging is omgeven met een omvangrijk stelsel van onafhankelijke controle over de juistheid van de tenuitvoerlegging door met name de Raad voor de Strafrechtstoepassing en de penitentiaire kamer van het hof in Arnhem. Toch kenmerkt het strafrechtelijk systeem zich door een praktijk waarin rechters niet altijd concreet aanwijzingen geven hoe de overheid de

straf ten uitvoer moet leggen. Hij legt een gevangenisstraf op, maar bepaalt niet wanneer de veroordeelde moet worden overgeplaatst of met verlof mag. Hij kan een voorwaardelijke straf opleggen, maar het Openbaar Ministerie bepaalt de mate van toezicht en kan afzien van vervolging bij herhaling van strafbaar gedrag. De rechter kan een taakstraf opleggen, maar de reclassering bepaalt doorgaans verder hoe die taakstraf er precies uit gaat zien. De minister kan gratie verlenen als aannemelijk is dat met de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissing of de voortzetting daarvan geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel in redelijkheid wordt gediend (art. 2 onder b Gratiewet). De rechter die de straf heeft opgelegd heeft daarbij slechts een adviserende bevoegdheid (art. 3 lid 1 Gratiewet). In de praktijk heeft de rechter dus een beperkte greep op de tenuitvoerlegging van de straf in tegenstelling tot het Openbaar Ministerie onder wiens verantwoordelijkheid de tenuitvoerlegging immers plaatsvindt.

Maar het Openbaar Ministerie heeft als beleidsvoerend orgaan samen met bijvoorbeeld de reclassering ook betere mogelijkheden om een straf af te stemmen op de persoon van de dader en is door zijn betrokkenheid bij de tenuitvoerlegging ook beter in staat om op den duur steeds meer onderzoek naar de resultaten van sanctietoepassing te doen. Het Openbaar Ministerie kan vervolgens de mogelijkheden en effectiviteit van de tenuitvoerlegging direct verdisconteren in het vervolgingsbeleid en in het strafvorderingsbeleid om zo een doelmatig evenwicht te zoeken tussen enerzijds de reactie op strafbaar gedrag en anderzijds de capaciteit om opgelegde sancties ten uitvoer te leggen. De toekomstige Raad voor de Rechtspraak of het LOVS zijn niet in de positie om een dergelijke brede beleidvoering te bewerkstelligen.⁴² Binnen de taakopvatting van het Openbaar Ministerie past een systematiek waarin het strafvorderingsbeleid als één van de instrumenten om het evenwicht te vinden tussen de reactie op strafbaar gedrag en de tenuitvoerleggingscapaciteit, ook uitgangspunt vormt voor de rechter bij het opleggen van een straf.⁴³ In dit verband ligt het voor de hand om te benadrukken dat de officier van Justitie op basis van verkregen inzicht in de doelmatigheid van sancties en de persoon van de dader met goed voorbereide voorstellen voor een straf komt en de doel-

40. Enschedé (*a.w.*, p. 623) betoogde dat het vanuit de rechtsbeschermende taak van de rechter meer voor de hand ligt dat de rechter niet boven de eis uitgaat. Maar hij betreft daarbij niet de taak van de rechter om ook belangen van een veilige samenleving bij zijn oordeel te betrekken. Overigens was de gebrekkige informatie over vergelijkbare gevallen voor Enschedé de reden dat de rechter ook niet boven de eis uit mag gaan als men zou verweten dat in vergelijkbare gevallen

hogere straffen zijn opgelegd. Die reden is niet langer overtuigend zodra de casuïstiek waarmee valt te vergelijken voor een ieder toegankelijk is.

41. Machielse (A.J.M. Machielse, 'Executie: plicht of bevoegdheid?', in: *Straffen in gerechtigheid*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 157) betoogt dat de plicht om een opgelegde sanctie te executeren hoe dan ook uitgangspunt van de wetgever is.

42. Vgl. ook Knigge, *a.w.*, p. 282 linkerko-

lom bovenaan.

43. Vgl. Enschedé, *a.w.*, p. 622-625; M.M. Kommer, 'Verminderen van instroom, de officier voor het blok en de rechter aan banden', in: *Justitiële Verkenningen*, jrg. 25, nr. 1, 1999, p. 53-64; zie over het zogenaamde 'stuurmodel' ook G.E. Mulder, *Rechtsdoen en rechtspraak. Gedachten over de huidige spanningen in de huidige strafrechtshistorie en strafrechtspreekwijze*, inaugurele rede Nijmegen, Deventer: Kluwer 1973.

matige tenuitvoerlegging daarvan bewaakt. Dat ligt meer voor de hand dan te benadrukken dat de rechter meer greep zou moeten hebben op de tenuitvoerlegging van straffen die hij heeft opgelegd.⁴⁴ Een optimaal functioneren van het Openbaar Ministerie en de reclassering met een duidelijke verantwoording daarover van de minister is in dat licht dus belangrijker dan het invoeren van een executierechter of het bekritisieren van de beperkte greep van de rechter op de tenuitvoerlegging van de straf.

4. Wisselwerking tussen wetgever en rechter

De conclusie is dat bij gebreke van concretere wetgeving op het terrein van de straftoemeting het strafvorderingsbeleid van het Openbaar Ministerie als uitgangspunt voor de rechter bij het bepalen van de straf meer past in de verhouding tussen de rechter en het Openbaar Ministerie dan een strikte scheiding tussen strafvorderingsbeleid voor de officier van Justitie en landelijke oriëntatiepunten voor de rechter. Dat weersprekt de opvatting dat de onafhankelijkheid van de rechter juist in het kader van de straftoemeting ook een eigen beleidsverantwoordelijkheid zou impliceren. Nu is de bedoeling om, daar waar de straftoemeting nu wel hoofdzakelijk het domein van de rechter is, meer vorm te geven aan een functionele wisselwerking tussen enerzijds de minister en het parlement (dus niet de wetgever in formele zin) en anderzijds de rechter. In dit verband is de normering van de wetgever gelegen in de gemotiveerde in plaats van stilzwijgende goedkeuring door de minister en het parlement van strafvorderingsbeleid (eventueel vorm te geven in Algemene Maatregelen van Bestuur) en kenmerkt de straftoemeting zich door een gemotiveerde toepassing van dat beleid door de rechter. Van belang daarbij is dat uitgewerkte uitspraken van rechters door overzichtelijke opslag in een databank gemotiveerd ten grondslag kunnen liggen aan de voorgeschreven strafbandbreedtes in strafvorderingsrichtlijnen.⁴⁵ Verder kan ook onderzoek naar de effectiviteit van sanctietoepassing ten grondslag liggen aan (wijzigingen van) strafvorderingsrichtlijnen voor zover het de voorgeschreven strafsoorten betreft. De wijze van toepassing van de strafvorderingsrichtlijnen en de effectiviteit van sanctietoepassing blijken vervolgens weer uit de in de databank opgeslagen nieuwe casuïstiek en uit nieuw onderzoek. Door deze inzicht-

lijkheid van de straftoemeting kan de oordeelsvorming over strafvorderingsbeleid en trends in de rechtspraak concreet in plaats van in abstracto tot stand komen. Het Openbaar Ministerie kan en moet daarom ook strafvorderingsrichtlijnen grondig onderbouwen om de strekking ervan toetsbaar te maken. Die onderbouwing kan men ook verlangen met betrekking tot voorstellen van het parlement om strafvorderingsrichtlijnen te wijzigen. Tenslotte kan men ook van de rechter een betere strafmotivatie verlangen, niet alleen bij afwijken van een strafvorderingsrichtlijn maar ook in het geval dat de op te leggen straf sterk afwijkt van de straf die op grond van eerdere casuïstiek ongeveer is te verwachten.

Net als in de strafrechtspleging in het algemeen krijgen de relaties tussen parlement, minister, Openbaar Ministerie en rechter ook binnen deze systematiek vorm door onderlinge afhankelijkheden. Tegen deze achtergrond zijn constitutionele spanningen op het terrein van de straftoemeting niet waarschijnlijk. De minister, het parlement en het Openbaar Ministerie zullen het strafvorderingsbeleid niet rigoreus aanpassen maar alleen als ontwikkelingen in de rechtspraak en veranderingen in de effectiviteit van sanctionering daartoe aanleiding geven. Daartegenover zullen ook rechters goed gemotiveerd strafvorderingsbeleid niet snel in strijd achten met het proportionaliteitsbeginsel of anderszins afwijzen.⁴⁶ Bovendien zullen rechters afwijkingen van het strafvorderingsbeleid nader motiveren, zodat het Openbaar Ministerie dergelijke motiveringen weer kan afzetten tegen het strafvorderingsbeleid. Zo krijgt strafvorderingsbeleid aan de andere kant wel vorm door discussie en voortdurende toetsing aan de praktijk. Er kan zo kortom een wisselwerking ontstaan tussen de wetgever (minister en parlement) die zo veel als mogelijk meegaat met goed verantwoorde trends in de rechtspraak en de rechter die zoveel als mogelijk meegaat met goed verantwoorde (wijzigingen in) bestuurlijke en politieke opvattingen. Voor de straftoemeting vormen enerzijds strafvorderingsbeleid als uitgangspunt voor de rechter bij het bepalen van de straf en anderzijds analyses van sanctietoepassing en van algemeen toegankelijke en goed gemotiveerde casuïstiek de inhoudelijke structuur waarlangs die wisselwerking kan plaatsvinden.

Amsterdam, oktober 2001

44. Vgl. de opvatting van de minister in overleg naar aanleiding van de nota 'Sancties in perspectief': 'Dan is er nog gevraagd of de rechter niet de wijze van tenuitvoerlegging van de straf zou moeten bepalen. In Nederland geldt al eeuwenlang het systeem dat de rechter de straf bepaalt en dat het Openbaar Ministerie zorgt voor de tenuitvoerlegging. Er zijn allemaal goede redenen voor aan te wijzen waarom men deze keuze gemaakt heeft.' (*Kamerstukken II 2000-2001*, 27419, nr. 4, p. 23

derde kolom bovenaan). Overigens gaat de minister verder niet op die redenen in.

45. Deze mogelijkheid van het raadplegen van een overzichtelijke opslag van de casuïstiek bestaat op dit moment nog onvoldoende maar is juist door de ontwikkeling van de databank voor straftoemeting te realiseren.

46. Bij uitzondering kan en moet de Hoge Raad de beslissende rol spelen in een spanningsveld tussen enerzijds de rechter en anderzijds het Openbaar Ministerie, de minister en

het parlement. De Hoge Raad zou het oordeel van een hof dat een strafvorderingsrichtlijn in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel onvoldoende gemotiveerd kunnen vinden of de Hoge Raad kan vinden dat het oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad zou het oordeel van het hof ook kunnen bevestigen. Als de Hoge Raad het oordeel bevestigt, dan ligt het voor de hand dat het Openbaar Ministerie zich beraadt op bijstelling van de strafvorderingsrichtlijn.